

ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

ПРАВО КАК ЭЛЕМЕНТ ПРАКТИКИ (ПРАКТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ИНТЕГРАТИВНОЙ ТЕОРИИ ПРАВА)

А.В. ПОГОДИН,

доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права
Казанского (Приволжского) федерального университета

Э.В. КРАСНОВ,

ассистент кафедры теории и истории государства и права
Казанского (Приволжского) федерального университета

DOI: 10.24031/2226-0781-2018-8-6-11-26

Интегративная теория права, как и любая социальная теория, нуждается в постоянном обновлении и развитии в соответствии с динамикой развития общества и государства. Это требование в большей степени относится к практически прикладной составляющей теории, но и концептуальная основа интегративного правопонимания (фундаментальная составляющая теории) также должна находиться в фокусе исследования. В данной статье предпринята попытка выявить и сформировать некоторые элементы практической основы интегративной теории. Показано, что такое право, из каких элементов оно состоит и как они ситуационно проявляются в практике. В частности, рассмотрены ситуация вне конкретного правоотношения, ситуация возникновения и функционирования простого конкретного правоотношения, ситуация возникновения и функционирования сложного конкретного правоотношения, ситуация пробела в объективном праве, ситуация правонарушения в конкретном правоотношении, ситуация правонарушения в конкретном деструктивном правоотношении. Все эти аспекты права важны для эффективной деятельности законодателя, практикующего юриста, поскольку формируют основу методологии эффективного юриста. Авторы статьи приходят к выводу, что право является неотъемлемым элементом-регулятором любой социально значимой практики, оно всегда конкретно, право рассматривается как многоуровневый и системно организованный регулятор, а интегративная теория учитывает все аспекты его проявления в практике.

Ключевые слова: интегративное правопонимание; ситуационный комплекс норм объективного права; ситуационный комплекс индивидуально определенных норм когнитивного права; правовая мера поведения; «живое» право; методология эффективного юриста.

LAW AS AN ELEMENT OF PRACTICE (PRACTICAL BASES OF THE INTEGRATIVE THEORY OF LAW)

A.V. POGODIN,

Doctor of Legal Sciences,
Professor of the Department of Theory and History of State and Law
of the Kazan (Volga Region) Federal University

E.V. KRASNOV,

Assistant of the Department of Theory and History of State and Law
of the Kazan (Volga Region) Federal University

Integrative theory of law, like any social theory, needs constant updating and development in accordance with the dynamics of the development of society and the state. The requirement to a greater extent refers to the practical part of the theory, but the conceptual basis of integrative legal understanding (the fundamental component of the theory) should also be in the focus of research. This article attempts to identify and form some elements of the practical basis of integrative theory. It is shown that such a right, from which elements it consists and how they are manifested in different situations in practice. All these aspects of law are important for the effective work of the legislator, the practicing lawyer, since they form the basis of the effective lawyer's methodology. The authors of the article conclude that law is an integral element-regulator of any socially significant practice, it is always concrete and law is considered as a systematically organized regulator. And the integrative theory takes into account all aspects of its manifestation in practice.

Keywords: integrative legal understanding; situational complex of science of objective law; situational complex of individually defined norms of cognitive law; legal measure of behavior; "living" law; effective lawyer methodology.

Научно-теоретическое и инструментально пригодное для эффективной деятельности определение права (правопонимание) возможно только на основе исследования этого объекта как элемента практики. Практика и только практика, а не идеи корифеев юриспруденции (пусть даже очень убедительные в первом

приближении) содержит все необходимые и достаточные данные интегративной теории права, поскольку практика, прежде всего позитивная практика, – критерий истинности любой социальной теории. Выявление права в качестве неотъемлемого элемента практики, формирование эмпирического образа феномена права, уяснение его практической специфики – первое и необходимое действие в процессе интегративного определения права.

*Право в практике всегда ситуационно конкретно*¹. Оно становится не просто формальным, но и реальным регулятором, если востребовано в конкретной ситуации персонально поименованными субъектами, которые в соответствии с условиями ситуации, своими интересами и возможностями задействуют регулятивный потенциал комплекса абстрактно-общих норм объективного права, адресованных участникам ситуации.

Рассмотрим типичные ситуации существования права как элемента практики. Критерии выделения той или иной типичной ситуации связаны с особенностями: а) субъектного состава ситуации; б) регулятивного действия и проявления права; в) правовой формы (ситуационно необходимые юридические документы). В любой практике (практике материнского капитала, выборной практике, практике перевозки пассажиров в общественном транспорте и т.д.) можно выделить следующие типичные ситуации:

- ситуация вне конкретного правоотношения;
- ситуация возникновения и функционирования простого конкретного правоотношения;
- ситуация возникновения и функционирования сложного конкретного правоотношения;
- ситуация пробела в объективном праве;
- ситуация правонарушения в конкретном правоотношении;
- ситуация правонарушения вне конкретного правоотношения.

Что представляет собой право как элемент практики в этих ситуациях с точки зрения интегративной теории?

1. Ситуация вне конкретного правоотношения. Здесь субъект права действует (бездействует) в одностороннем порядке, не взаимодействует с другим субъектом или субъектами, например, человек находится в подьезде жилого дома, никто и ничто его не контролирует. В этой ситуации право есть синтез: 1) комплекса ситуационно значимых, абстрактно-общих норм объективного права (нормы жилищного права, гражданского и административного права)²

¹ О ситуационном праве, его соотношении с субъективным правом см.: *Погодин А.В.* Субъективное право в правореализации не существует в чистом виде // *Право и государство: теория и практика.* 2015. № 10. С. 10–12.

² Более подробно о ситуационном комплексе норм объективного права см.: *Погодин А.В.* Содержание объективного права и правореализации / *Л.Т. Бакулина, А.Р. Губайдуллин, А.В. Погодин.* Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2018.

и 2) комплекса индивидуально определенных норм, возникающих в правосознании субъекта (субъективные права, обязанности, запреты и т.п.).

В объективном праве установлены статутные (неперсонифицированные) права и обязанности, запреты и ограничения, процедуры их реализации, наказания, поощрения и другие требования, актуальные для данной ситуации и адресованные субъекту права. Ситуационный комплекс норм объективного права является потенциальным (формальным) регулятором, ситуационная обязательность права существует только на бумаге (правовые требования обязательны для всех и не для кого конкретно); этот комплекс переходит в состояние реального регулятора, обязательность права реально проявляется, если человек конкретизирует в сознании и психике абстрактно-общие нормы, т.е. фактически создает индивидуально определенные нормы в виде субъективного права, обязанности и т.д., следовательно, готов выполнить и действительно выполняет ситуационно значимые правовые требования, в частности не оставляет в подъезде мусор, не портит общее имущество. Индивидуально определенные нормы в анализируемой ситуации не формализованы в юридическом документе, они существуют в системе когнитивного права в сознании и психике человека.

Однако он может не знать ситуационного комплекса норм объективного права, не конкретизировать его в соответствии с условиями ситуации, интересами, возможностями, поэтому ситуационный комплекс индивидуально определенных норм не возникает и не функционирует, поэтому право не выполняет функцию полноценного регулятора, оно существует само по себе, остается внешним по отношению к человеку и практике элементом, только формальным, а не формально реальным регулятором, как должно быть в идеале. В этом случае функцию регулятора выполняет сложившийся в практике обычай, а при его отсутствии – ситуационная целесообразность; именно они регулируют поведение субъектного права (допустимо ли в этой ситуации рассматривать его в качестве субъекта права?) и замещают (вытесняют) право из практики. При этом обычай и целесообразность могут соответствовать либо противоречить ситуационному комплексу норм субъекта права.

Таким образом, в обозначенной ситуации право состоит из двух элементов: во-первых, комплекса ситуационно значимых норм объективного права (право – потенциальный регулятор); во-вторых, ситуационного комплекса индивидуально определенных норм когнитивного права (право – реальный регулятор). Без и вне когнитивного права на уровне правосознания человека право не может быть полноценным регулятором, оно существует как «вещь в себе», как относительно самостоятельный, не интегрированный в практику, «не работающий» в практике феномен. Надо ли включать когнитивное право и учитывать его в процессе определения права? Ответ очевиден для интегративного правопонимания: раз это существует в практике (а теория основана на практике, она модель практики), следовательно, должно быть в теории.

Стоит отметить, что существует большое количество интегративных типов правопонимания.

Во-первых, можно выделить *либертарную концепцию правопонимания* (В.С. Нерсесянц, В.А. Четвернин).

По мнению В.С. Нерсесянца, «история и теория правовой мысли и юриспруденции пронизаны борьбой двух противоположных типов правопонимания. Эти два типа понимания права и трактовки понятия права условно можно обозначить как юридический (от *jus* – право) и легистский (от *lex* – закон) типы правопонимания и понятия права»¹. В основу такой типологии положен «момент различения или отождествления права и закона»².

Для юридического правопонимания право – это не просто произвольное и субъективное властное веление, а нечто объективное и самостоятельное, обладающее своей (не зависящей от воли законодателя) собственной природой, своей сущностью и своей спецификой, словом, своим принципом. Этим принципом права является принцип формального равенства, выражающий существо и особенности права, его отличие от других социальных явлений, норм и регуляторов. В рамках юридико-либертарной концепции правопонимания внутреннее единство юридической онтологии, аксиологии и гносеологии обусловлено тем, что в их основе лежит один и тот же принцип формального равенства³.

Закон (то, что устанавливается как позитивное право) может как соответствовать, так и противоречить праву, быть (в целом или частично) формой официально-властного признания, нормативной конкретизации и защиты как права, так и неправовых требований, дозволений и запретов. Только как форма выражения права закон (позитивное право) представляет собой правовое явление. Благодаря такому закону принцип правового равенства (и вместе с тем всеобщность равной меры свободы) получает государственно-властное, общеобязательное признание и защиту, приобретает законную силу. Лишь будучи формой выражения объективно обусловленных свойств права, закон становится правовым законом. Правовой закон – это и есть право, получившее официальную форму признания, конкретизации и защиты, словом, законную силу, т.е. позитивное право, обладающее объективными свойствами права.

Следует также добавить и то, что, по мнению авторов данной статьи, право – это система абстрактно-общих норм, адресованных участникам конкретной социальной ситуации (правореализационная ситуация), и их конкретизации в виде индивидуально определенных норм ситуационного права. Такой контент-анализ права позволяет, во-первых, понять, каким оно может и должно быть на современном этапе модернизации, что важно прежде всего для субъ-

¹ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: Инфра-М, 1999. С. 29.

² Нерсесянц В.С. Философия права. М.: Аванта+, 2001. С. 16.

³ Нерсесянц В.С. Юриспруденция. М.: Инфра-М, 1999. С. 3.

ектов правового нормотворчества абстрактно-общих норм; во-вторых, уяснить субъекту нормотворчества индивидуально определенных норм, какова исходная нормативно-правовая основа той или иной социальной ситуации, и создать безупречное с точки зрения юридической чистоты ситуационное право, актуальное для правореализатора, юриста-консультанта и правоприменителя; в-третьих, сформировать высокоразвитое профессиональное правопонимание юриста, в том числе ученого-юриста, поскольку такое правопонимание – необходимое теоретическое основание как для эффективной правореализационной деятельности, так и для исследования правореализации.

В качестве следующей концепции можно рассмотреть *коммуникативную концепцию правопонимания А.В. Полякова*¹.

В рамках коммуникативной концепции правопонимания право рассматривается как включающее в себя идеальное и материальное, рациональное и иррациональное, должное и сущее, объективное и субъективное, «естественное» и «сконструированное», статичное и деятельностное. Природа права не сводима ни к каким искусственным конструкциям и социокультурным закономерностям. Право может возникнуть как в государстве, так и непосредственно в обществе. При этом условием правогенеза (возникновения права) является не возникновение государства, а формирование психосоциокультурных реалий, имеющих коммуникативную направленность, в которых находят свою объективацию правовые тексты, правовые нормы и правовые отношения, порожаемые интересубъективной (коммуникативной) деятельностью членов социума. Право одновременно представляет собой идею и текст, норму и правоотношения, императивно-атрибутивные переживания и социализированные ценности. Ни одно из этих положений не истинно (т.е. не может быть сведено к праву в целом) в своей отдельности и отвлеченности, только в рамках целостного восприятия права они приобретают эйдетический смысл. В свою очередь, *эйдос права* выражается в его структуре, представляющей собой коррелятивную связь правомочий и правообязанностей, конституируемых общезначимой и общеобязательной правовой нормой в процессе межсубъектной коммуникации. Эйдетический центр права заключается в правомочии; именно правомочие является той точкой, из которой расходятся лучи *правового смысла*, образующего *эйдос права*.

Правовые ценности могут иметь как эйдетический (общий) смысл, так и социокультурное (конкретное) значение; к основным эйдетическим ценностям можно отнести порядок, свободу, ответственность, равенство, справедливость.

Следующей концепцией является *диалогическая концепция правопонимания И.Л. Честнова*.

По мнению И.Л. Честнова, в основу правопонимания положены три критерия классификации: философский, социологический, культурно-исторический.

¹ Коммуникативная концепция права: вопросы теории. Обсуждение монографии А.В. Полякова. СПб.: Питер, юридический факультет СПбГУ, 2003. С. 155.

«Для адекватного правопонимания эти три критерия классификации должны быть показаны как взаимодополняющие друг друга, так как ни один из них не дает полной картины правопонимания. Так, философский критерий страдает умозрительностью; социологическому, напротив, недостает концептуализма в объяснении фактического положения вещей; культурно-исторический избегает недостатков первого и второго, но ограничен узкими рамками конкретной цивилизации. И лишь все они вместе могут более или менее точно отразить правопонимание»¹. Решение проблемы, полагает И.Л. Честнов, может быть достигнуто в рамках диалогического типа правопонимания, основывающегося на признании многогранности правовой реальности, которая включает субъекта права, нормы права, их отражение в правосознании и реализацию в правовом порядке². При этом акцентируется внимание на воспроизводстве, динамике правовой реальности, складывающейся из диалога индивидуального действия (включающего персональное восприятие права) конкретного субъекта и порождаемой им нормы (структуры), которая понимается не только как образец юридически значимого поведения, но и как ее восприятие в общественном правосознании и реализация в массовом юридически значимом поведении (правовом порядке).

Сущность права в рамках диалогического подхода определяется социологически – как объективная функциональная значимость некоторых норм для выживания социума. Такой подход близок диалектической социологии права Е.Б. Пашуканиса, И.П. Разумовского, Л.И. Спиридонова, так как предполагает историческую и социокультурную обусловленность субъекта права, определяющую содержание меры свободы в данных конкретных условиях. Акцент на субъекте права дает основание И.Л. Честнову квалифицировать этот подход также как *антрополого-диалогический*³. Не отрицая важности законодательства, последнее понимается как одна из форм внешнего выражения права, которая должна соответствовать «генеральной» функции права – обеспечивать воспроизводство общества.

Наконец, в качестве заключительной концепции будет рассмотрена концепция *реалистического позитивизма* Р.А. Ромашова⁴.

Концепция реалистического позитивизма основана на интеграции юридического позитивизма и социологической юриспруденции. В рамках данной концепции утверждается, что правом регулятивно-охранительная система будет являться только в том случае, если нормы, из которых данная система состоит, являются общезначимыми и оказывают результативное воздействие на обще-

¹ Честнов И.Л. Теория государства и права. Часть 2: Теория права: Учебное пособие. М.: Академия Генеральной Прокуратуры Российской Федерации, 2017. С. 76.

² Честнов И.Л. Актуальные проблемы теории государства и права: Учебное пособие. СПб.: СПбИВЭСЭП, 2004. С. 24.

³ Честнов И.Л. Постклассическая теория права. Монография. СПб.: Алеф-Пресс, 2012. С. 65.

⁴ Ромашов Р.А. Теория государства и права. Краткий курс. 2-е изд. СПб.: Питер, 2010. С. 30.

ственные отношения. При этом юридическая догма (формальное право) и правовое понятие представляют собой логически взаимосвязанные и взаимообуславливающие конструкции.

Восприятие права в контексте реалистического позитивизма предполагает выделение абстрактного и реального права. Абстрактное право представляет собой совокупность норм, в основу систематизации которых положено деление права на публичное позитивное, публичное негативное и частное. Реальное право представлено правом в формально-юридическом и функциональном смысле. Право в формально-юридическом смысле представляет совокупность формальных источников, включающих в себя первичные и основные (законодательные акты); производные (нормативные интерпретационные акты); вторичные (международные акты, нормативные договоры, юридические обычаи). Право в функциональном смысле складывается из правовых норм, общественных отношений, на урегулирование которых нормы направлены, гарантий реализации и достигаемых посредством правового воздействия результатов.

Действие реального права включает в себя действие права в формальном смысле, определяемое моментами вступления и утраты юридической силы правовыми актами, и действие права в функциональном смысле, определяемое результативностью правового воздействия. Для обеспечения результативного правового воздействия государством (либо иным «центром публичности») используются стимулы, которые в наиболее общем виде могут быть сведены в две группы: стимулы, в основе которых лежит страх перед нарушением права, и стимулы, предполагающие выгодные для субъекта последствия правомерного поведения.

В этом аспекте интегративная теория использует все рациональное, что есть в *нормативной и психологической теории права*. Можно добавить, что один из ярчайших представителей нормативистского направления, Р. Штаммлер, говорил о том, что «закономерность социальной жизни есть закономерность ее правовой формы, уразумение и следование основной идее права как конечной цели человеческого общества»¹, словно подчеркивая связь между теорией и практикой. Рациональность нормативной теории права хорошо раскрыл П.И. Новгородцев: на его взгляд, нормативно-правовое регулирование является средством удовлетворения общественных потребностей и прогрессивных социальных преобразований². Если же обратиться к психологической теории права, то ее суть довольно неплохо передал основоположник данной концепции Л.И. Петражицкий, согласно которому право «представляет собой императивно-атрибутивное (обязательно-притязательное) переживание людей»³.

¹ Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения. СПб.: Тип. Т-ва И.Д. Сытина, 1908. С. 59.

² См.: Новгородцев П.И. Об общественном идеале. СПб., 1911.

³ См.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. I–II. СПб.: Тип. СПб. акц. общ. «Слово», 1907. С. 41.

2. Ситуация возникновения и функционирования простого конкретного правоотношения. В каждой практике есть ситуации, где взаимодействуют два и более субъекта, могут использоваться простые правовые формы (чек оплаты, проездной билет, расписка, оценка в ведомости и в зачетной книжке и т.п.) и нет необходимости составлять сложные юридические документы, фиксирующие субъективные права, обязанности, сроки и т.д. Например, проезд в общественном транспорте, сдача экзамена – простые виды взаимодействия представителей юридических лиц как между собой, так и с представителями государства. Во всех этих ситуациях возникает ситуационное право. Здесь его формализация минимальная, поскольку оно существует главным образом как элемент правосознания конкретного субъекта – непосредственного участника ситуации, как когнитивное ситуационное право в виде интеллектуально-эмоционально программируемой и пригодной для воления модели поведения, причем только в том случае, если правореализатор в процессе саморегуляции адекватно осознает свои и чужие субъективные права и обязанности, ситуационные запреты и ограничения, допустимые для использования в данной ситуации средства, правильно интерпретирует требования объективного права применительно к простой ситуации и готов ими руководствоваться. Когнитивное ситуационное право, вне всякого сомнения, появляется (в идеале должно появиться) и в сложной как публично-правовой, так и частноправовой жизненной ситуации, но тут оно обязательно закрепляется в той или иной структурированной документарной форме¹. Причем с функционально-психологической точки зрения создание в той или иной правовой форме конкретного ситуационного права не просто акт саморегуляции субъекта, а более сложная совместная интеллектуально-эмоционально-волевая и вместе с тем социально-правовая деятельность субъектов-участников индивидуального нормативного правового регулирования².

В такой ситуации право как элемент практики имеет структуру из трех элементов. Во-первых, ситуационный комплекс абстрактно-общих норм объективного права для участников конкретной ситуации (для пассажира и перевозчика, экзаменатора и экзаменуемого и т.д.). В него входят нормы различных правовых институтов профилирующей отрасли и нормы других отраслей, например уголовного права. Во-вторых, ситуационный комплекс индивидуально определенных норм как результат конкретизации абстрактно-общих норм в данной ситуации, т.е. ситуационное когнитивное право субъекта. В-третьих, наряду с этими составляющими нужно выделить и «живое право».

¹ Погодин А.В. Ситуационное право и правореализация // История государства и права. 2014. № 5. С. 16.

² Анализ индивидуального правового регулирования достаточно подробно исследован учеными-юристами. См., например: Безина А.К., Бикеев А.А., Сафина Д.А. Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1984; Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003.

Концепция «живого права» – это разновидность социологического направления в понимании роли и сущности права. Концепция «живого права» была выдвинута в начале XX в. австро-венгерским ученым Е. Эрлихом (*Eugen Ehrlich*; 1862–1922). По Эрлиху, живое право находится не в статьях закона, а в практических отношениях.

Анализируя действовавший в то время на территории Буковины (входившей в состав Австро-Венгрии) австрийский Гражданский кодекс, Эрлих обнаружил, что только примерно треть норм применяется в практической жизни. На основании этого он делает вывод: «Центр тяжести в развитии права в наши дни, как и во все другие времена, находится не в законодательстве, не в юриспруденции или судопроизводстве, а в самом обществе». Эрлих призывал исследовать «живое право»: «Лишь то, что входит в жизнь, становится живой нормой, все остальное – лишь голое учение, норма решения, догма или теория».

Иными словами, под правом сторонники теории «живого права» понимают не совокупность правовых норм, а фактические социальные отношения между людьми, включая нормы морали, обычаи и др. Соответственно «живое право» представлено не законодательством, а различными социальными нормами. Эрлих пишет: «Подобно тому, как в далеком прошлом право представляло собой порядок, существующий в родах, семьях, домашних общностях, сегодня его нужно искать в нормах, определяющих внутренний строй союзов и разработанных с помощью соглашений в договорах и уставах».

Свою теорию Эрлих изложил в работе «Основы социологии права» (1913 г.).

А.С. Пиголкин в своем труде «Общая теория права» пишет следующее: «Социологическое направление в теории права (Е. Эрлих, Р. Паунд, К. Левеллин и др.) основывается главным образом на эмпирических исследованиях, касающихся функционирования правовых институтов, их динамики. Сторонники этого направления обращаются прежде всего к процессу реализации права, выдвигают лозунг «право в действии». Правовые нормы государства, по их мнению, – это лишь часть права. Наряду с ними существует «живое право», которое есть не что иное, как сложившиеся в обществе фактические отношения. Главное, утверждают они, – изучение реального порядка, то есть не тех предписаний, которые зафиксированы в правовой норме, а самого процесса действия права в обществе, конкретных действий участников правоотношений. В связи с этим обосновывается идея «гибкости права», другими словами, возможность изменения правовой нормы в процессе ее применения. Отсюда – отказ от непререкаемого авторитета закона, требование свободы судейского усмотрения. Эта теория ведет к фактическому расширению «правотворческих» функций судьи и принижению роли закона, поскольку судья не связан юридическими нормами и может по своему усмотрению, основываясь лишь на собственной интуиции, решить то или иное дело»¹.

¹ Общая теория права: Учебник для юридических вузов / Под ред. А.С. Пиголкина. М.: Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1998. С. 38.

Оно возникает (или не возникает и тогда правоотношение деформируется – в нем формируется правонарушение) в процессе взаимодействия субъектов, но это не само поведение субъектов конкретного правоотношения и не само правоотношение в целом, а мера его (поведения) соответствия абстрактно-общим и индивидуально определенным нормам. Третий элемент можно обозначить с помощью терминологической конструкции «*правовая мера поведения*» или «*правовая нормативность поведения*». Эта терминология показывает реальное проявление права в практике, отражает реальное действие и силу права как регулятора, его связь и взаимодействие с регулируемой практикой. В качестве примера использования конструкции «правовая мера поведения» можно привести гражданско-правовой договор. По словам Е.А. Куликова, «так или иначе, но договор – соглашение сторон об их взаимных правах и обязанностях, – в совокупности выступает как субъективная правовая мера поведения, поскольку сочетает в себе меру возможного поведения сторон договора и меру их должного поведения. В этом отношении интересен термин «соглашение». Рассматривая трактовку указанного термина в словаре С.И. Ожегова, можно увидеть, что он выступает производным от другого термина – «согласие», который означает: 1) разрешение, утвердительный ответ на просьбу; 2) единомыслие, общность точки зрения; 3) дружественные отношения, единодушие; 4) соразмерность, стройность, гармония. Помимо того, что «согласие» в своем четвертом значении есть «мера», оно представляет собой некую общность, объединяющую две субъективные меры, в результате которого есть основания говорить о выражении в договоре согласования воли сторон и о появлении общей субъективной меры их поведения. Таким образом, в отдельных ключевых феноменах гражданско-правовой сферы категория меры имеет свои проявления»¹.

Включение правовой меры поведения в структуру права, которое существует в анализируемой ситуации, обосновано не только стремлением использовать концептуальную основу *социологической теории права* – в данном случае речь идет о том, что, отвлекаясь от формальных признаков права, данная теория наполняет его социальным содержанием², но прежде всего обстоятельством практики. В случае конфликта между участниками или между ними и третьими лицами, в том числе представителями государства и органов местного самоуправления, специально уполномоченный субъект, например судья, определяет, какие ситуационно значимые нормы объективного права задействованы, как их интерпретируют стороны конфликта и насколько поведение соответствует нормам. По сути и фактически судья выявляет все три элемента, особенно правовую меру поведения («живое право»), и на этой основе принимает решение в форме правоприменительного акта. При этом само решение также становится неотъемлемой частью (факультативным элементом) права в данной ситуации.

¹ Куликов Е.А. Отдельные проявления категории меры в гражданском праве России // Юридические исследования. 2015. № 7. С.106–119.

² Хропанюк В.Н. Теория государства и права: Учебник для высших учебных заведений / Под ред. В.Г. Стрекозова. М.: Интерстиль; Омега-Л, 2008. С. 174.

3. Ситуация возникновения и функционирования сложного конкретного правоотношения. Право как элемент практики зависит от условий конкретной ситуации, интересов и возможностей субъектов права. Это отчетливо прослеживается в ситуации необходимости формировать индивидуально определенные нормы когнитивного права и даже с санкции (разрешения) государства создать дополнительные индивидуально определенные нормы, не имеющие прямого аналога в объективном праве (правовая неопределенность объективного права, диспозитивные и рекомендательные нормы, частичный пробел в праве, дискреционные нормы). Это ситуация купли-продажи недвижимости, аренды земельного участка, концессии и т.п. Здесь право представляет собой специфическую систему (микросистему), как ситуационное право на микроуровне. Действительно, структуру права образуют: 1) ситуационный комплекс норм объективного права (идеально-должный уровень права); 2) ситуационный комплекс индивидуально определенных норм когнитивного права (психологический уровень права); 3) ситуационный комплекс индивидуально определенных норм, закрепленный в правовой форме, например договор, завещание и т.д. (формально-правовой уровень права); 4) «живое» право (практически прикладной уровень права), 5) факультативный элемент в случае конфликта, например судебный акт (конфликтный уровень права).

Специфика системы права в конкретной ситуации заключается в том, что ее образуют на первый взгляд неоднородные элементы, которые тем не менее не могут полноценно существовать друг без друга, они дополняют друг друга, при их взаимодействии появляются новые системные свойства, возникающие неизбежно противоречия между ними разрешаются до известных пределов в рамках системы, обеспечивая ее стабильное функционирование.

В самом деле, ситуационные нормы когнитивного права могут быть аутентичны ситуационным нормам объективного права или меньше, или больше по объему: включать дополнительные ситуационные нормы. В свою очередь, формализованные ситуационные нормы необязательно повторяют нормы когнитивного права, а «живое» право может не совпадать в полном объеме с формализованными нормами. Например, в договоре аренды индивидуально определенные нормы закрепляют для сторон субъективного права обязанности, процедуру их реализации, сроки и т.п. Однако когнитивное право арендатора и арендодателя (законных представителей сторон) и особенно «живое» право необязательно полностью соответствуют тому, что есть в объективном праве (договоре). В частности, в субъектном праве реализуется только правомочие на собственные действия, а другие правомочия (правомочие требования надлежащего поведения обязанного, правомочие на защиту, правомочие не злоупотреблять субъективным правом) существуют на формально правовом уровне как декларация, как невостребованные правовые средства.

Таким образом, многоуровневость и в целом системность проявления права в анализируемой ситуации позволяют ему быть гибким и эффективным регулятором – элементом практики. В свою очередь, динамика развития регулируемой

практики, ее многообразие и сложность предопределяют форму и содержание ситуационного права.

4. Ситуация пробела в объективном праве. Постоянное обновление системы практик современного общества и государства, появление каждой новой практики, например практики трансплантации органа, во многом обуславливает наличие такой разновидности правовых дефектов, как пробел в ситуационном комплексе норм объективного права (частичный пробел) или отсутствие этого комплекса (полный пробел). Как известно, пагубность существования пробелов в праве ведет к тому, что определенная сфера отношений без обязательных для исполнения юридических норм не может нормально функционировать¹. В первом, но особенно во втором случае перед субъектами права стоит дилемма: 1) вступить в не правовое, а социальное отношение, следовательно, подвергнуть себя риску невозможности правовыми средствами обеспечить и защитить собственные интересы; 2) ждать, пока государство (или иной специально уполномоченный субъект) выработает для новой ситуации правовую основу в виде ситуационного комплекса абстрактно-общих норм, либо в соответствии с принципами «разрешено все, что не запрещено правом и нравственностью», другими правовыми принципами осуществить индивидуальное нормативно правовое регулирование и создать формализованный в договоре ситуационный комплекс индивидуально определенных норм. Конечно, это допустимо только в частноправовой ситуации, в которой действуют, как правило, частные субъекты и затрагиваются преимущественно частные интересы.

Если участники частноправовой ситуации решат преодолеть полный пробел в объективном праве и в процессе индивидуального нормативно-правового регулирования на основе принципов права, с учетом условий ситуации, своих интересов и возможностей создают ситуационный комплекс индивидуально определенных норм, то право включает следующие элементы: 1) ситуационный комплекс индивидуально определенных норм когнитивного права; 2) ситуационный комплекс индивидуально определенных норм в форме договора; 3) «живое» право; 4) дополнительный элемент в случае конфликта, например решение суда; при этом судья в качестве источника, откуда он берет норму права, использует положения договора.

В подобного рода ситуациях исключительно важна роль практикующего юриста. Именно он в своем сознании и психике формирует ситуационно определенные нормы, затем разъясняет их доверителю и согласовывает с законным представителем или непосредственно с другим участником (участниками) частноправовой ситуации. Интегративное правопонимание юриста является методологической основой его эффективной деятельности в анализируемой ситуации².

¹ Лиголкин А.С. Теория государства и права: Учебник. М.: Городец, 2003. С. 191.

² См.: Погодин А.В. Методология исследователя-юриста и практикующего юриста: общее и особенное / А.В. Погодин, Л.А. Сабирова, Л.Т. Бакулина, О.В. Хусаинова // Уч. зап. Казан. ун-та. Сер. Гуманит. науки. 2015. Т. 157. С. 52–58.

5. Ситуация правонарушения в конкретном правоотношении. В ситуационном комплексе норм объективного права могут содержаться нормы, определяющие, какое поведение в конкретной ситуации и конкретном правоотношении недопустимо. Они образуют состав, например, конкретного преступления. Если обе стороны или одна из сторон правоотношения, например продавец недвижимости, – мошенник, действует (бездействует) противоправно, то в конкретном правоотношении возникает правонарушение, которое деформирует его, как «раковая клетка», изнутри разрушает правоотношение. Что представляет собой право в данной ситуации? Как и в вышеуказанных ситуациях, здесь есть ситуационный комплекс норм объективного права (куда входит состав правонарушений и соответствующие наказания), а также ситуационный комплекс норм когнитивного права. Для сложного конкретного правоотношения может быть ситуационный правоустанавливающий документ, например договор купли-продажи недвижимости, и в целом пакет документов, т.е. формализованные индивидуально определенные нормы. Однако нет правовой меры поведения. Ее отсутствие разрушает ситуационную систему права, поэтому оно (право) не выполняет функцию реального регулятора, потерпевшая сторона или иные уполномоченные субъекты права могут задействовать процедуру привлечения виновного к юридической ответственности. Тогда появляется дополнительный элемент в формах правоприменительного акта, например судебный приговор.

6. Ситуация правонарушения в конкретном деструктивном правоотношении. В различных практиках совершаются правонарушения вне конкретного правоотношения, т.е. правонарушение существует в «чистом» виде, становится самостоятельным так называемым деструктивным правоотношением. Рассмотрим это на примере преступления. Конкретное преступление возникает и развивается не только внутри конкретного правоотношения, но и существует само по себе. Кража, грабёж и т.п. не просто девиантное социальное отношение, поскольку здесь присутствует право в виде запрета, ограничения, наказания, поскольку это правовое отношение, образно говоря, со знаком минус, специфический вид правоотношений – деструктивное правоотношение. Оно разрушает правовую систему общества и государства, является для нее фактором дестабилизации. Что такое право в этой ситуации?

Во-первых, ситуационный комплекс норм объективного права, определяющий состав преступления и наказание за его совершение. Во-вторых, ситуационный комплекс норм, который формируется (или отсутствует по какой-либо причине), например незнание, состояние аффекта в сознании и психике преступника. В-третьих, ситуационный комплекс индивидуально определенных норм когнитивного права судьи (состава судей). В-четвертых, если преступник установлен, доказана его вина в судебном процессе, то в форме приговора создаются формализованные индивидуально определенные нормы, которые являются следствием конкретизации норм уголовного права с учетом условий ситуации, особенности личности преступника и потерпевшего, общественной опасности преступления.

Основные выводы:

1. Право является неотъемлемым элементом-регулятором любой социально значимой практики. Право как элемент практики всегда ситуационно конкретно. Выделяется ряд типичных ситуаций, в которых ситуационная природа права отчетливо проявляется.

2. В конкретной ситуации право представляет собой многоуровневый и системно организованный регулятор. Всестороннее понимание права, учитывающее все аспекты его проявления в практике, содержит интегративная теория.

3. Интегративное правопонимание, его концептуальная составляющая, интегрирующая все ценное и рациональное, что есть в нормативной, социологической, психологической теориях права, является методологической основой деятельности эффективного юриста.

References

Bezina A.K., Bikeev A.A., Safina D.A. *Individualno dogovornoe regulirovanie truda rabochikh i sluzhashchikh* [Individual and Contractual Regulation of Labor of Workers and Employees]. Kazan, 1984. (In Russian)

Chestnov I.L. *Aktual'nye problemy teorii gosudarstva i prava: Uchebnoe posobie* [Actual Problems of Theory of State and Law: Textbook]. St. Petersburg, 2004. (In Russian)

Chestnov I.L. *Postklassicheskaya teoriya prava: Monografiya* [Postclassical Theory of Law: Monograph]. St. Petersburg, 2012. (In Russian)

Chestnov I.L. *Teoriya gosudarstva i prava. Chast 2: Teoriya prava: Uchebnoe posobie* [Theory of State and Law. Part 2: Theory of Law: Textbook]. Moscow, 2017. (In Russian)

Khropanyuk V.N.; Strekozov V.G. (ed.). *Teoriya gosudarstva i prava: Uchebnik dlya visshikh uchebnikov zavedenij* [Theory of State and Law: Textbook for Higher Education]. Moscow, 2008. (In Russian)

Kommunikativnaya kontseptsiya prava: voprosy teorii. Obsuzhdenie monografii A. V. Polyakova [The Communicative Concept of Law: Questions of Theory. Discussion of the A.V. Polyakov's Monograph]. St. Petersburg, 2003. (In Russian)

Kulikov E.A. *Otdel'nie proyavleniya kategorii mery v grazhdanskom prave Rossii* [Separate Manifestations of the Category of Measure in Russian Civil Law]. *Yuridicheskie issledovaniya = Legal Research*, 2015, no. 7. (In Russian)

Nersesyants V.S. *Filosofiya prava* [Philosophy of Law]. Moscow, 2001. (In Russian)

Nersesyants V.S. *Obshchaya teoriya prava i gosudarstva* [General Theory of Law and State]. Moscow, 1999. (In Russian)

Nersesyants V.S. *Yurisprudentsiya* [Jurisprudence]. Moscow, 1999. (In Russian)

Novgorodtsev P.I. *Ob obshchestvennom ideale* [On the Social Ideal]. St. Petersburg, 1911. (In Russian)

Petrzhitsky L.I. *Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriej нравственности. T. I–II* [The Theory of Law and State in Connection with the Theory of Morality. Vol. I–II]. St. Petersburg, 1907. (In Russian)

Pigolkin A.S. *Obshchaya teoriya prava: Uchebnik dlya yuridicheskikh vuzov* [The General Theory of Law: Textbook for Law Schools]. Moscow, 1998. (In Russian)

Pigolkin A.S. *Teoriya gosudarstva i prava: Uchebnik* [Theory of State and Law: Textbook]. Moscow, 2003. (In Russian)

Pogodin A.V. *Metodologiya issledovatelya-yurista i praktikuyushchego yurista: obshchee i osobennoe* [Methodology of a Researcher-Lawyer and Practicing Lawyer: General and Especial]. *Uch. zap. Kazan. un-ta. Ser. Gumanit. nauki = Scientific Notes of the Kazan University. Humanities Series*, 2015, Vol. 157. (In Russian)

Pogodin A.V. *Situatsionnoe pravo i pravorealizatsiya* [Situational Law and Law Enforcement]. *Istoriya gosudarstva i prava = History of State and Law*, 2014, no. 5. (In Russian)

Pogodin A.V. *Soderzhanie obektivnogo prava i pravorealizatsii* [Content of Objective Law and Law Enforcement]. Kazan, 2018. (In Russian)

Pogodin A.V. *Subektivnoe pravo v pravorealizatsii ne sushchestvuet v chistom vide* [Subjective Right Does Not Exist in Its Pure Form in Law Enforcement]. *Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika = Law and State: Theory and Practice*, 2015, no. 10. (In Russian)

Romashov R.A. *Teoriya gosudarstva i prava. Kratkij kurs* [Theory of State and Law. Short Course]. St. Petersburg, 2010. (In Russian)

Shtammler R. *Sushchnost' i zadachi prava i pravovedeniya* [The Essence and Objectives of Law and Jurisprudence]. St. Petersburg, 1908. (In Russian)

Sorokin V.D. *Pravovoe regulirovanie: predmet, metod, protsess* [Legal Regulation: Subject, Method, Process]. Moscow, 2003. (In Russian)

Information about the authors

Pogodin A.V. (Kazan, Russia) – Doctor of Legal Sciences, Professor of the Department of Theory and History of State and Law of the Kazan (Volga Region) Federal University (420008, Kazan, Kremlyovskaya St., 18; e-mail: Aleksandr.Pogodin@kpfu.ru);

Krasnov E.V. (Kazan, Russia) – Assistant of the Department of Theory and History of State and Law of the Kazan (Volga Region) Federal University (420008, Kazan, Kremlyovskaya St., 18; e-mail: EVKrasnov@kpfu.ru).

Recommended citation

Pogodin A.V., Krasnov E.V. *Pravo kak element praktiki (prakticheskie osnovaniya integrativnoj teorii prava)* [Law as an Element of Practice (Practical Bases of the Integrative Theory of Law)]. *Вестник гражданского процесса = Herald of Civil Procedure*, 2018, no. 6, p. 11–26. (In Russian) DOI: 10.24031/2226-0781-2018-8-6-11-26